

commentaar op	Hoge Raad 22-03-2019, ECLI:NL:HR:2019:397, (Ondernemingsraad Gemeente Maastricht/Gemeente Maastricht)
datum	06-05-2019
auteur	L.C.J. Sprengers

## Hoge Raad 22-03-2019, ECLI:NL:HR:2019:397, (Ondernemingsraad Gemeente Maastricht/Gemeente Maastricht)

Het primaat van de politiek in de WOR en de normalisering van de ambtelijke rechtspositie (N.a.v. HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:397 (OR Gemeente Maastricht/Gemeente Maastricht))

### 1 Inleiding

Inmiddels is door het parlement de Wet Normalisering rechtspositie Ambtenaren aangenomen (Wet 9 maart 2017, *Stb.* 2017, 123). De invoeringsdatum moet formeel nog worden vastgesteld, maar alles wijst erop dat dit per 1 januari 2020 zal worden. Daarna zal voor het grootste deel van de huidige ambtenaren de rechtspositie op basis van het arbeidsovereenkomstenrecht worden bepaald. Daarmee komt een einde aan een proces van normalisering van de ambtelijke rechtspositie waarmee gestart is in de jaren tachtig van de vorige eeuw onder toenmalig minister van Binnenlandse Zaken Ien Dales. Een van de deelstappen in dit traject is geweest het van toepassing verklaren van de WOR voor (het overgrote deel) van de overheidssectoren in 1995. In de WOR zijn in een apart hoofdstuk de bijzondere bepalingen opgenomen voor overheidsondernemers, waarvan de bepaling over het primaat van de politiek (art. 46d sub b WOR) verreweg de belangrijkste is. Er is geen bepaling in de WOR die tot zoveel HR-uitspraken heeft geleid, inmiddels zeven. De recente beschikking van de Hoge Raad inzake een geschil dat heeft gespeeld bij de gemeente Maastricht zal in deze annotatie besproken worden (par. 2). Deze zal geplaatst worden in een overzicht van de HR-rechtspraak tot nu toe over het primaat van de politiek (par. 3). Vervolgens zal stilgestaan worden bij de aandacht die bij de totstandkoming van de WNRA aan medezeggenschap is besteed (par. 4) om tot slot stil te staan bij de vraag of de rechtspraak over het primaat van de politiek en de komst van de WNRA een reden zou kunnen opleveren om de regeling van de bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek in de WOR te heroverwegen.

Ik heb aan dit onderwerp in de afgelopen decennia, in mijn proefschrift en tal van publicaties daarvoor en daarna, aandacht besteed, hetgeen mijn interesse in dit onderwerp illustreert en mede reden is om deze annotatie aan deze ontwikkelingen te wijden. Ik ben echter ook als advocaat geregeld in zaken over dit onderwerp betrokken geraakt. Zo heb ik in de procedure bij de Ondernemingskamer waar de hier te bespreken HR-beschikking over gaat als advocaat voor de OR opgetreden. Ik hecht eraan om dit aan het begin van de annotatie expliciet te vermelden.

### 2 Beschikking Hoge Raad inzake OR Gemeente Maastricht

#### *Feiten*

De gemeenten Heerlen, Maastricht en Sittard-Geleen en aanvankelijk de provincie Limburg hebben sinds medio 2011 overleg gevoerd over de vorming van een gemeenschappelijke regeling op het gebied van bedrijfsvoering, onder de naam Shared Service Center Zuid-Limburg (SSC-ZL). Hun ondernemingsraden zijn sinds begin 2012 actief betrokken geweest bij de gang van zaken rondom de vorming en inrichting van de SSC-ZL. In oktober 2013 hebben de ondernemingsraden een adviesaanvraag gekregen over de vorming van SSC-ZL. Zij vinden dat onvoldoende duidelijk is of SSC-ZL tot de beoogde kostenvoordelen kan gaan leiden. Afgesproken wordt dat er een bedrijfsplan komt, waarna de ondernemingsraden een go-no-go-advies kunnen uitbrengen. De provincie Limburg besluit medio 2015 uit de samenwerking te stappen. In oktober 2015 wordt de gemeenschappelijke regeling bedrijfsvoeringsorganisatie SSC-ZL opgericht. In juli 2016 wordt advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot de ontvlechting taakveld inkoop ten behoeve van de overgang naar SSC-ZL. De OR Gemeente Maastricht heeft in april 2017 een negatief advies uitgebracht en deze adviesaanvraag aangegrepen om het go-no-go-advies uit te brengen. De OR adviseert: no-go. De WOR-bestuurder heeft bij brief aan de OR 'overeenkomstig het door het college genomen besluit', het bestreden besluit kenbaar gemaakt. Over de aangelegenheid vindt mede naar aanleiding van het OR-advies nog een uitgebreid debat plaats binnen de gemeenteraad. De OR heeft tegen het besluit beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer heeft dit beroep verworpen omdat de toekenning van een bovenwettelijk adviesrecht over een besluit als bedoeld in artikel 46d aanhef en sub b WOR, dat valt onder het primaat van de politiek, wel ertoe leidt dat de OR advies kan uitbrengen over dit besluit, maar niet tot gevolg heeft dat de OR vervolgens tegen het voorgenomen besluit beroep kan instellen bij de Ondernemingskamer. De OR heeft tegen deze beslissing van de Ondernemingskamer cassatie ingesteld.

#### *Hoge Raad*

De OR stelt dat de Ondernemingskamer in zijn oordeel heeft miskend dat als de ondernemer de OR op voet van artikel 32 lid 2

WOR een bovenwettelijk adviesrecht heeft gegeven, ook het in artikel 26 WOR verankerde beroepsrecht van toepassing is. Uit het stelsel van de WOR volgt dat besluiten over die aangelegenheden ingevolge artikel 46d aanhef en sub b WOR in zoverre niet alleen zijn uitgezonderd van de verplichting tot overleg met de OR, maar ook van het in artikel 25 WOR neergelegde adviesrecht van de OR en van het in artikel 26 opgenomen recht van beroep bij de Ondernemingskamer. Artikel 32 lid 2 WOR houdt in dat bij schriftelijke overeenkomst tussen de ondernemer en de OR aan de OR meer bevoegdheden dan de in de WOR genoemde kunnen worden toegekend en dat aanvullende voorschriften over de toepassing van het bij of krachtens de WOR bepaalde kunnen worden gegeven. Artikel 32 lid 4 WOR bepaalt dat indien in de overeenkomst aan de OR een recht op advies wordt gegeven over andere voorgenomen besluiten dan genoemd in artikel 25 WOR, het in artikel 26 WOR opgenomen recht van beroep bij de Ondernemingskamer van overeenkomstige toepassing is. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepalingen, die van latere datum zijn dan artikel 46d WOR, blijkt niet dat onder ogen is gezien hoe de in artikel 46d aanhef en sub b WOR opgenomen uitzondering voor politieke besluiten op het advies- en beroepsrecht zich verhoudt tot artikel 32 WOR.

De wetgever heeft blijkens de parlementaire behandeling van artikel 46d WOR en de evaluatie van de werking van de WOR bij de overheid in 2001 (weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.5 respectievelijk 3.14-3.15) uitdrukkelijk niet gewild dat politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer in het kader van de WOR worden getoetst. Nu niet is gebleken dat de wetgever hiervan heeft willen afwijken bij de totstandkoming van artikel 32 WOR, moet worden aangenomen dat de wetgever met die bepaling alleen de medezeggenschap heeft willen uitbreiden tot andere besluiten dan die genoemd in artikel 25 WOR, en artikel 32 WOR niet tevens heeft willen betrekken op besluiten als bedoeld in artikel 46d, aanhef en sub b, WOR. Het middel, dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt.

Opmerking verdient nog het volgende. De ondernemer kan aan de OR een 'informeel adviesrecht' verlenen voor besluiten als bedoeld in artikel 46d, aanhef en sub b, WOR. De inhoud van dat adviesrecht wordt bepaald door wat de ondernemer en de ondernemingsraad daarover zijn overeengekomen. Dit strookt met de door de wetgever bij herhaling benadrukte mogelijkheid en wenselijkheid dat ook bij besluiten als bedoeld in artikel 46d, aanhef en sub b, WOR de ondernemingsraad door middel van overleg wordt betrokken en om advies wordt gevraagd. De wet verbindt aan een dergelijk adviesrecht niet de mogelijkheid van beroep in de zin van artikel 26 WOR. De ondernemer kan een zodanig beroepsrecht ook niet aan de OR toekennen.

#### *Commentaar*

In deze beschikking werd een vraag beantwoord, die in de wetsgeschiedenis niet onderkend is en in de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet eerder was beantwoord, namelijk of artikel 32 lid 4 WOR ook van toepassing is in het geval van een toegekend bovenwettelijk adviesrecht ten aanzien van een onderwerp dat blijkens artikel 46d, aanhef en sub b, WOR onder het primaat van de politiek valt. In artikel 32 WOR is het minimumkarakter van de WOR tot uiting gebracht. Daarin staat dat bij cao of ondernemingsovereenkomst de ondernemingsraad extra bevoegdheden kunnen worden toegekend. Uit lid 4 volgt dat als het gaat om een extra adviesrecht, dat dan ook de regels van artikel 26 WOR van toepassing zijn, inclusief de beroepsmogelijkheid bij de Ondernemingskamer. Dit is een codificatie van eerdere rechtspraak van de Hoge Raad (HR 17 maart 1993, *JAR* 1993/77 ( *Baracuda* )). In die zaak had de Ondernemingskamer geoordeeld dat hij niet bevoegd was ten aanzien van een extra toegekend adviesrecht dat niet valt onder de reikwijdte van het wettelijk adviesrecht in artikel 25 WOR. De Hoge Raad oordeelde dat daarmee het minimumkarakter van de WOR werd miskend. Indien een adviesrecht wordt toegekend als extra bevoegdheid dan houdt dat in dat ook de beroepsprocedure daarop van toepassing is. Dit is later vaste lijn in de rechtspraak van de Ondernemingskamer geworden en bij de wetwijziging van 1998 in de tekst van artikel 32 WOR vastgelegd. Het wettelijk systeem houdt dus in dat bij een extra toegekend adviesrecht het beroepsrecht bij de Ondernemingskamer ook geldt, tenzij in de afspraken over de toekenning van het adviesrecht een voorbehoud dienaangaande is gemaakt. Bij een ongeclausuleerd adviesrecht zijn dus alle toetsers en bellen van het adviesrecht van toepassing.

Deze wijziging van artikel 32 WOR is in 1998 doorgevoerd op een moment dat de WOR bij de overheid al was ingevoerd (vanaf 1995). Bij de wijziging van artikel 32 WOR is niet aan de orde geweest dat dit voor overheidsondernemingsraden anders zou liggen. Er is in het geheel geen aandacht aan overheidsondernemingsraden besteed. De Ondernemingskamer heeft in eerste instantie, ook in geschillen bij de overheid, dezelfde lijn gevolgd als in alle overige geschillen: indien pas in de beroepsfase een beroep gedaan wordt op het primaat van de politiek in een geval waar zonder voorbehoud advies is gevraagd, dan zijn alle voorschriften van de adviesprocedure van toepassing, inclusief de procedure bij de Ondernemingskamer (zie bijv. Ondernemingskamer 9 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7331 ( *OR Gemeente Middelburg* )). In 2015 is de Ondernemingskamer op dit punt 'om' gegaan en heeft dit ook uitdrukkelijk gemotiveerd (OK 19 november 2015: ECLI:NL:GHAMS:2015:4890 ( *OR Gemeente Diemen* )). De Ondernemingskamer oordeelde dat de regel zoals deze blijkt uit vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer dat wanneer een ondernemer zonder voorbehoud advies heeft gevraagd, de voorschriften van het adviesrecht inclusief beroepsprocedure daarop van toepassing zijn ('eens gegeven blijft gegeven'), niet geldt voor zover het besluit van medezeggenschap is uitgesloten op grond van artikel 46d sub b WOR. Toepassing van die regel in een geval als dit zou ertoe (kunnen) leiden dat een democratisch genomen besluit waaraan een politieke afweging ten grondslag ligt alsnog wordt onderworpen aan rechterlijke toetsing, terwijl artikel 46d sub b WOR dat juist wil voorkomen (vgl. HR 8 november 2013 ECLI:NL:HR:2013:1139 ( *De Mirandabad* ) en de daarin aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad). Hiertegen is in 2015 geen cassatieberoep ingesteld. Dat is in de zaak van de OR Gemeente Maastricht, waar de Ondernemingskamer dezelfde lijn als in 2015

heeft gevolgd, wel gebeurd.

De Hoge Raad leidt uit de parlementaire behandeling van het (oorspronkelijke) wetsontwerp over de invoering van de WOR bij de overheid af, dat de wetgever uitdrukkelijk niet heeft gewild dat politieke besluiten van democratisch gecontroleerde organen door de Ondernemingskamer in het kader van de WOR worden getoetst, en daarmee volgens de Hoge Raad dus ook niet in het geval van extra bevoegdheden. Het feit dat bij de introductie van de ondernemingsovereenkomst (art. 32 WOR) in latere wetgeving geen uitzondering is opgenomen voor de overheid speelt voor de Hoge Raad geen rol. Uit de wetsgeschiedenis blijkt ook niet het omgekeerde, dat de wetgever bewust de rechter in geval van extra bevoegdheden wel een rol heeft willen toekennen. Daarmee wordt de bedoeling van de wetgever uit het oorspronkelijke wetsontwerp doorslaggevend geacht.

### 3 Overzicht HR-rechtspraak over primaat van de politiek

Hiermee sluit de Hoge Raad aan bij een consistente lijn uit zijn eerdere rechtspraak over het primaat van de politiek. De Ondernemingskamer en Hoge Raad hebben, in ieder geval tot 2015, deze bepaling verschillend geïnterpreteerd, hetgeen alles te maken heeft met het ambivalente karakter van de wetsbepaling (het primaat van de politiek wordt niet absoluut beschermd, want het geldt niet als het gaat om de personele gevolgen van een voorgenomen besluit) en de niet-eenduidige wetsgeschiedenis, waarin de ambivalentie op verscheidene plaatsen tot uiting komt. In onderstaand schematisch overzicht wordt per uitspraak de vraag beantwoord of de rechter van mening is dat er sprake is van een bevoegdheid voor de ondernemingsraad.

#### *Zaken 1 en 2*

(1) Haagse grenscorrectie, ECLI:NL:HR:2000:AA4735 en (2) Fusie waterschappen, ECLI:NL:HR:2000:AA4734

#### *Oordeel ondernemingskamer*

Ja,

- medeondernemer
- besluit heeft gevolgen voor personeel

#### *Oordeel HR*

Nee,

- geen medeondernemer
- gaat om inherente personele gevolgen, besluit strekt niet tot regelen personele gevolgen

#### *Zaak 3*

Rijksrecherche, ECLI:NL:HR:2002:AD9856

#### *Oordeel Ondernemingskamer*

Ja,

- coördinatiecommissie houdt in personele gevolgen
- uitvoerende macht: besluit democratisch gecontroleerd orgaan valt niet onder primaat

#### *Oordeel HR*

Nee,

- gaat om publiekrechtelijke taak
- ook besluit democratisch gecontroleerd orgaan valt onder bereik primaat

#### *Zaak 4*

Shared Service Centrum HRM, ECLI:NL:HR:2005:AS5953

#### *Oordeel Ondernemingskamer*

Nee, gaat om publiekrechtelijke taak op basis Comptabiliteitswet

#### *Oordeel HR*

Nee,

- departement overstijgend
- wijziging politieke verantwoordelijkheden/ politieke context

#### *Zaak 5*

Privatisering tbs-Kliniek, ECLI:HR:2007:AZ1647

#### *Oordeel Ondernemingskamer*

Ja, privatiseringsbesluit impliceert dat ambtenaren werknemer worden

#### *Oordeel HR*

Nee,

- besluit regelt nog niet personele gevolgen
- bevoegdheid rechter gaat niet verder dan toetsen personele gevolgen

#### *Zaak 6*

De Mirandabad, ECLI:NL:HR:2013:1139

#### *Oordeel Ondernemingskamer*

Ja, onvoldoende aannemelijk gemaakt dat verschuiving politieke taken of overwegingen spelen

#### *Oordeel HR*

Nee, begrotingsbesluit vergt politieke afweging voor -en nadelen

#### *Zaak 7*

OR Gemeente Maastricht, ECLI:NL:HR:2019:397

#### *Oordeel Ondernemingskamer*

Nee, extra bevoegdheid ex 32 WOR leidt niet tot van toepassing zijn beroepsrecht 26 WOR

#### *Oordeel HR*

Nee, extra bevoegdheid ex 32 WOR leidt niet tot van toepassing zijn beroepsrecht 26 WOR

Uit bovenstaand overzicht blijkt dat de Hoge Raad in de zeven zaken tot nu toe het primaat van de politiek heeft laten prevaleren bij de uitleg van de WOR, waar de Ondernemingskamer in vijf zaken tot een tegenovergestelde uitkomst was gekomen.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad zijn de volgende lijnen te onderscheiden:

- Besluiten van democratisch gecontroleerde organen en besluiten in een politieke context genomen vallen onder het primaat van de politiek. De Hoge Raad kent daarbij in mindere mate betekenis toe aan de in de wettekst gehanteerde norm (of de aangelegenheid betrekking heeft de publiekrechtelijke taak van een publiekrechtelijk lichaam), maar vooral aan hetgeen daarover ter toelichting op sommige plaatsen in de wetsgeschiedenis is terug te vinden met betrekking tot politieke besluiten.
- De uitzondering ten aanzien van de personele gevolgen is aan de orde wanneer het besluit dat in de procedure centraal staat ook strekt tot het regelen van die personele gevolgen. Als de personele gevolgen inherent zijn aan het besluit, maar in een latere fase pas concreet uitgewerkt zullen gaan worden, is in die fase op het besluit nog steeds het primaat van de politiek van toepassing en is er geen bevoegdheid voor de ondernemingsraad aanwezig.
- De rechter heeft geen rol/bevoegdheid bij de toetsing van de besluiten van democratisch gecontroleerde organen. Indien het gaat om de personele gevolgen dan dient de besluitvorming alleen door de rechter getoetst te worden voor zover het betrekking heeft op die personele gevolgen.
- Bij gefaseerde besluitvorming dienen de bevoegdheden van de ondernemingsraad niet verder ingeperkt te worden dan strikt nodig is ter bescherming van het primaat van de politiek. Deze laatste lijn valt af te leiden uit een overweging ten overvloede in de *Mirandabad*-beschikking uit 2013. Deze lijn in de rechtspraak is nog niet uitgekristalliseerd. De vraag waar bij gefaseerde besluitvorming de inperking van de bevoegdheden van de ondernemingsraad ten faveure van het primaat van de politiek ophoudt en vanaf waar de ondernemingsraad de op grond van de WOR toegekende bevoegdheden kan uitoefenen gelijk als ondernemingsraden in de marktsector is nog niet scherp afgebakend (voor zover dat mogelijk is). Hoe om te gaan met de rol van de ondernemingsraad bij gefaseerde besluitvorming nadat het politieke principebesluit genomen

is, komt waarschijnlijk binnenkort in de Hoge Raad-jurisprudentie nog aan de orde in twee zaken die op dit moment in cassatie bij de Hoge Raad liggen (die hebben betrekking op Ondernemingskamer 19 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1337 ( *OR Politie Regionale Eenheid Oost-Brabant*) en Ondernemingskamer 8 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4104 ( *GOR Rijk*)).

In 2001 is de invoering van de Wet op de ondernemingsraden bij de overheid voor het eerst en het laatst geëvalueerd. De conclusie in de evaluatie ten aanzien van het primaat van de politiek ( *Kamerstukken II* 2000/01, 27610, 1, p. 8-11) was dat het kabinet zich kon vinden in de stand van de rechtspraak op dat moment bestaande uit de Hoge Raad-uitspraken van 2000. Maar daarbij benadrukte de minister het minimumkarakter van de WOR en dat het betreurd zou worden indien ondernemingsraden bij de overheid minder betrokken zouden worden met een beroep op het primaat van de politiek bij de besluitvorming.

In de zaak die speelde bij de gemeente Maastricht was er sprake van het expliciet betrekken van de ondernemingsraad door middel van een afspraak over een go-no go-adviesaanvraag gemaakt met (medeweten van) het College van B&W. De Ondernemingskamer benadrukte dat op dergelijke wijze advies vragen niet in strijd is met de wet, maar dat de wet daar niet de consequentie aan verbindt dat er ook een beroepsmogelijkheid door ontstaat. De Hoge Raad onderschrijft dat en heeft het over toekennen van een 'informeel adviesrecht'. In de Conclusie van advocaat-generaal Timmersmans (ECLI:NL:PHR:2018:1412, onder 3.29) stelt hij dat alleen wanneer expliciet bepaald zou worden bij de te maken afspraken tussen overheidsondernemer en OR dat de beroepsgang van artikel 26 WOR wel van toepassing is, de Ondernemingskamer dan wel bevoegd is. De Hoge Raad-beschikking lijkt op dit punt minder ruimte te laten. De Hoge Raad oordeelt dat er geen rol voor de rechter is weggelegd wanneer er sprake is van besluitvorming van democratisch gecontroleerde organen in een politieke context, ongeacht of dit nu wel of niet als extra bevoegdheid is afgesproken. Ik kan mij voorstellen dat in de nabije toekomst in die gevallen waar een overheidsondernemer de ondernemingsraad een zwaardere positie wil toekennen dan alleen een informeel adviesrecht, dat er dan een bindend advies- of arbitrageclausule wordt toegevoegd aan de afspraken, omdat een beroep bij de Ondernemingskamer op grond van de WOR volgens de Hoge Raad niet mogelijk is.

De vraag is of de wijze waarop de rechtspraak de bepaling over het primaat van de politiek heeft uitgelegd (nog) overeenkomt met hetgeen de wetgever, dus ook de Staten-Generaal, oorspronkelijk beoogd heeft en gewenst acht.

#### 4 De Wet normalisering rechtspositie ambtenaren

Deze vraag lijkt ook politiek actueel te zijn op het moment dat wordt overgegaan tot het onderbrengen van de ambtelijke rechtspositie van het merendeel van de ambtenaren naar het civiel recht. Met ingang van 1 januari 2020 wordt, naar het zich laat aanzien, de WNRA ingevoerd. Op het moment dat het decennia geleden in gang gezette traject van de normalisering van de rechtspositie van de ambtenaren wordt afgerond, zou het logisch zijn om het eindresultaat van het geheel te beschouwen en na te gaan of reeds eerder uitgevoerde deelstappen aanpassing behoeven, waaronder de wijze waarop het primaat van de politiek in de WOR wordt uitgelegd in de rechtspraak nog eens tegen het licht te houden. Is de uitkomst van de rechtspraak zoals hierboven geschetst voldoende in lijn met de oorspronkelijke dubbele doelstelling van de wetgever: enerzijds het borgen dat het typische politieke besluitvormingsproces buiten het bereik van de OR (en de rechter) blijft en anderzijds de bevoegdheden van ondernemingsraden bij de overheid niet verder inperken dan strikt nodig is ter bescherming van het primaat van de politiek, zodat de positie van de overheidsondernemingsraden overigens zo veel mogelijk gelijk is als die van ondernemingsraden in de marktsector.

Als daarnaar gekeken wordt met een heel algemene blik, dan zou snel de stelling betrokken kunnen worden dat natuurlijk het primaat van de politiek bescherming vereist in een democratische rechtsstaat. Zeker de politiek zelf zal die positie snel innemen. In beginsel ook volkomen terecht. De vraag is echter of het toekennen van een rol aan de ondernemingsraad bij de besluitvorming het primaat van de politiek aantast. Het is uiteindelijk altijd de ondernemer die de beslissingen neemt en daarover het primaat heeft: dat geldt in de marktsector alsook in de overheidssector gezien de wijze waarop de WOR is vormgegeven. Het kan soms zijn dat door rechterlijke tussenkomst het de ondernemer verboden wordt om op deze wijze een besluit te nemen en uit te voeren. Recent, in de beschikking inzake *Holland Casino* (HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018: 725), heeft de Hoge Raad nog eens benadrukt dat er sprake is van een marginale toetsing van het besluit van de ondernemer door de Ondernemingskamer waarbij uitgegaan moet worden van beleidsvrijheid van de ondernemer bij de besluitvorming. Zeker wanneer het gaat om politieke afwegingen ten aanzien van de uit te zetten koers zal ook zonder een bepaling ter bescherming van het primaat van de politiek, deze politieke beleidsvrijheid zwaar wegen bij de rechterlijke toetsing. Wat dat betreft vergelijkbaar met de bevoegdheid van de bestuursrechter (zie de annotatie van G.W van der Voet bij de *Mirandabad*-beschikking, AR Updates annotaties AR 2013-0885).

De strikte uitleg in de Hoge Raad-jurisprudentie heeft echter ook een keerzijde. De uitleg die aan artikel 46d sub b WOR wordt gegeven, komt erop neer dat zolang een besluit nog niet strekt tot het regelen van de personele gevolgen en het betrekking heeft op het beleid of de uitvoering van een publiekrechtelijke taak er geen wettelijke positie voor de ondernemingsraad is. Daar waar het betrekking heeft op de personele gevolgen is het in de praktijk bij de overheid vaak zo dat het voortouw in het overleg met de vakbonden plaatsvindt. Dit betekent dat kijkend naar het wettelijk kader de positie van ondernemingsraden bij de overheid

marginaal is bij belangrijke besluiten die ook effect (kunnen) hebben op degenen die de werkzaamheden voor de overheid moeten uitvoeren.

De (politieke) vraag is of het de besluitvorming bij de overheid niet ten goede zou komen indien ook de overheidsondernemer verplicht is de ondernemingsraad te raadplegen voordat besluiten genomen worden die op termijn ook gevolgen hebben voor de uitvoering. Is de politiek niet gediend om naast de informatie uit de hiërarchische lijn ook de opvatting van de ondernemingsraad te kunnen vernemen over hoe aangekeken wordt tegen politieke voorstellen die later door de ambtelijke organisatie uitgevoerd moeten gaan worden? Dat het van belang kan zijn een overheidsondernemingsraad bij dergelijke aangelegenheden toch wel te raadplegen is in de praktijk ook wel waarneembaar. Dat zal dan echter plaatsvinden in de vorm van een gunst, een informeel adviesrecht. Het is afhankelijk van de opvatting over het belang van het kennismaken van de opvatting van het personeel bij een politiek orgaan op enig moment en/of van het belang dat de WOR-bestuurder eraan hecht of er overgegaan zal worden tot het inschakelen van een ondernemingsraad in de fase voordat de politieke besluitvorming plaatsvindt. De vraag is of dit (nog) overeenkomt met wat de politiek wenselijk vindt met betrekking tot de positie van de OR bij de overheid. Wat opvalt, is dat hierover bij de invoering van de Wnra nagenoeg geen inhoudelijke discussie is gevoerd. Juist op het moment dat de eindfase van het normaliseringproces bereikt wordt dat al in de jaren tachtig van de vorige eeuw is gestart, had het voor de hand gelegen om een (hernieuwde) evaluatie te houden van de stand van zaken met betrekking tot de medezeggenschap bij de overheid met name vanwege de ruime uitleg van de bepaling over het primaat van de politiek.

Duidelijk wordt uit de rechtspraak, en er zijn geen indicaties dat daar politiek anders tegenaan wordt gekeken, dat er een probleem is met een toetsende rol van de rechter ten aanzien van de inhoud van de politieke besluitvorming. De uitkomst van de belangenafweging die in een politiek proces wordt gemaakt is aan de politiek zelf. Dat is verboden terrein voor de rechter en dat wordt door de Hoge Raad ook onderkend en als leidraad genomen in zijn rechtspraak. Vraag is of daarmee de rol van de OR bij de overheid niet (te) sterk is gemarginaliseerd. Is het gewenst dat er alleen bij wijze van gunst een rol resteert voor de overheidsondernemingsraad met betrekking tot de politieke besluitvorming? Het zou zeer wel mogelijk zijn om een andere oplossing te kiezen. De vrijblijvendheid ten aanzien van het informeren en raadplegen van de ondernemingsraad ten aanzien van besluitvorming in het kader van een politiek proces zou kunnen worden weggenomen. Er zou een overleg- en informatierecht en adviesrecht voor de ondernemingsraad opgenomen kunnen worden. Dat zou met zich meebrengen dat op het moment dat de politiek een besluit neemt vooraf ook kennis genomen is van hoe daar door de vertegenwoordiging van het personeel tegenaan wordt gekeken. Dit kan enerzijds de kwaliteit van de besluitvorming en anderzijds de snelheid van de implementatie daarvan vergroten, indien al in de voorfase rekening gehouden kan worden met de aandachtspunten die vanuit de medezeggenschap worden ingebracht. Te denken valt aan een adviesrecht vergelijkbaar aan het in artikel 30 WOR geregelde adviesrecht van de ondernemingsraad bij voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder. Dit is geen vrijblijvend adviesrecht in de zin dat die voorschriften dan ook nageleefd dienen te worden en de rechter procedureel kan toetsen of dat ook geschiedt. Dit heeft de Ondernemingskamer recent nog eens uiteengezet in een enquêtezaak (OK 18 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488 inzake *Eneco*). De rechter kan echter niet de inhoud van het uiteindelijke besluit toetsen. De rechtsgang bij de Ondernemingskamer staat niet open ten aanzien van de besluiten die uiteindelijk op grond van het adviesrecht van artikel 30 worden genomen. Er kan ook een vergelijking getrokken worden met het informatie- en consultatierecht zoals dat bijvoorbeeld geregeld is voor Europese ondernemingsraden. Door langs die lijn de wet aan te passen zou enerzijds het belangrijkste punt ten aanzien van de bescherming van het primaat van de politiek gewaarborgd blijven, namelijk dat er geen rol voor de rechter is ten aanzien van de toetsing van de inhoud van de besluitvorming en anderzijds de vrijblijvendheid die geïntroduceerd is ten aanzien van het betrekken van de ondernemingsraad bij dergelijke besluitvorming wordt teruggedrongen. Deze gedachte, die al eerder naar voren is gebracht, is de moeite waard om alsnog in het (politiek) debat te betrekken, juist ook gezien de invoering van de WNRA.

*mr. L.C.J. Sprengers*